



University of Groningen

Bemiddelen in de besluitvormingsfase. Een plicht voor het bestuur?

Tolsma, H.D.

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Tolsma, H. D. (2006). Bemiddelen in de besluitvormingsfase. Een plicht voor het bestuur? Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 3, 69 - 75.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Bemiddelen in de besluitvormingsfase *Een plicht voor het bestuur?*

11

H.D. Tolsma *

1 Inleiding

Het beëindigen van juridische conflicten door bemiddeling tussen partijen is een onderwerp dat volop in de belangstelling staat. De ervaring met bemiddeling als alternatief voor de ‘gewone’ gerechtelijke procedure is het afgelopen decennium toegenomen.¹ De regering werkt aan het meer stelselmatig en geleidelijk introduceren van mediation in het rechtsbestel.² Daartoe zijn verschillende maatregelen genomen ter bevordering van bemiddeling, waaronder het doorverwijzen door de rechter van partijen naar een mediation-traject.³ Ook in andere landen worden de mogelijkheden verkend waarop bemiddeling in het bestaande rechtssysteem kan worden geïmplementeerd. In Engeland heeft men bijvoorbeeld extra bevoegdheden toegekend aan de rechter om bemiddeling in het civiele recht te stimuleren. De rechter kan onder andere een partij die zich onvoldoende heeft ingespannen om het conflict in der minne op te lossen, veroordelen in de proceskosten.⁴ De Duitse bestuurswetgever heeft in de wet een aantal bepalingen opgenomen waaruit afgeleid kan worden dat het besluitvormingsproces gericht dient te zijn op het bereiken van consensus.⁵ Verondersteld wordt dat het voorkomen van gerechtelijke procedures de druk op de rechtspraak vermindert en bijdraagt aan de efficiëntie en effectiviteit van de bestuurlijke procedure. Onnodige juridisering van conflicten kan door bemiddeling worden voorkomen. In de literatuur wordt het aansturen op consensus in de besluitvormingsfase daarom ook wenselijk geacht.⁶ Ook vanuit de regering wordt bemiddeling in deze fase gestimuleerd ter voorkoming van gerechtelijke procedu-

res.⁷ Bemiddeling biedt mogelijkheden om de kwaliteit van het besluitvormingsproces te verbeteren. Er zijn verschillende manieren waarop bemiddeling in de besluitvormingsfase plaats kan vinden. In de eerste plaats kan het bestuur zelf aansturen op consensus tussen partijen. Daarnaast kan in de bezwaarfase onder leiding van een bezwaaradviescommissie bemiddeld worden.

Bemiddeling biedt mogelijkheden om de kwaliteit van het besluitvormingsproces te verbeteren

Tot slot kan het bestuur in de primaire fase of de bezwaarfase een mediator inschakelen om de onderhandelingen te begeleiden. De bemiddeling vindt dan plaats volgens een bepaald mediationproces, dat dient ter ondersteuning of begeleiding van de besluitvormingsprocedure.⁸

Op verschillende terreinen van het bestuursrecht wordt bemiddeling ingezet als methode van conflicthantering. Niet alleen bij conflicten tussen overheid en burger maar ook tussen overheden onderling. Onder andere op het gebied van arbeidsverhoudingen, het fiscale recht en bij de uitvoering van de sociale zekerheid wordt ervaring opgedaan.⁹ In deze bijdrage staan conflicten uit het omgevingsrecht centraal, waarbij verschillende belanghebbenden met tegengestelde belangen betrokken zijn. De achtergrond van een bestuursrechtelijk conflict in het omgevingsrecht is in veel gevallen eigenlijk een conflict tussen particulieren. Door het indienen van bezwaren of zienswijzen wordt het bestuur erbij be-

* Hanna Tolsma is promovendus bij de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Met dank aan H.E. Bröring en K.J. de Graaf voor opmerkingen bij een eerdere versie. Citeertitel: H.D. Tolsma, ‘Bemiddelen in de besluitvormingsfase. Een plicht voor het bestuur?’, NTB 2006, 11.

1. Er zijn verschillende onderzoeksprojecten gestart en geëvalueerd, zoals het landelijke project mediation bij de rechterlijke macht: ‘Mediation naast Rechtspraak’ en het landelijke project mediation bij de gefinancierde rechtshulp: ‘Mediation andere rechtshulp’.

2. Aldus Minister Donner; zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 528 en 29 540, nr. 3, p. 4.

3. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1.

4. Zie hierover M. Pel & M.A. Spliet, ‘Implementatie van mediation naast rechtspraak. Court-annexed mediation in Engeland...een lichtend voorbeeld?’, *NJB* 2003, p. 1897-1902.

5. Zie hierover par. 4.1.

6. Zie o.a. M.A. Pach, ‘Mediation in het omgevingsrecht: gegevens en ervaringen’, *BR* 2005, p. 101-110; A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Mediation als middel voor effectieve en efficiënte conflict-oplossing in het bestuursrecht’, *NTB* 2004, p. 212-220. Vgl. VAR-commissie rechtsbescherming 2004, p. 164-165.

7. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1; *Kamerstukken II* 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 21; *Kamerstukken II* 1997/98, 25 600 VI, nr. 46. Zie ook C.H. Bangma & L.J. Vogelaar, *Handreiking bezwaarschriftprocedure Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2004. Deze handreiking is in opdracht van het kabinet opgesteld met de gedachte dat bestuursorganen meer gebruik moeten maken van het conflict-oplossende vermogen van de bezwaarschriftprocedure. Vanuit het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties wordt on-

derzoek naar mediation in de bezwaarfase gestimuleerd middels financiële ondersteuning, zoals het Mediationproject Provincie Overijssel. Recent is aan de gemeente Amsterdam subsidie toegekend voor een experiment waarbij mediation wordt toegepast in bezwaar- en beroepsprocedures. Zie: www.inaxis.nl.

8. Zie over de uitgangspunten van het mediationmodel: M.A. Pach, ‘Mediation in het bestuursrecht. Het kan, het mag en het werkt’, in: B.J. van Ettekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: BJu 2001, p. 122-125.

9. Zie hierover A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation*, De Haag: Sdu 2003, p. 214-246.

trokken. Een bestuursrechtelijk geschil waar het conflict tussen belanghebbenden het middelpunt vormt, verschilt van een tweepartijenverhouding waar het bestuursorgaan zelf één van de partijen is. In een meerpartijenverhouding staat het bestuur als het ware ‘tussen’ belanghebbenden. Met het nemen van een besluit wordt tevens een oordeel gegeven over het conflict tussen belanghebbenden. Door bemiddelend optreden in de besluitvormingsfase kan daarom ook geprobeerd worden om met belanghebbenden een oplossing te zoeken binnen de grenzen van het recht. Het is echter niet duidelijk of het bestuur rehtens ook een *plicht* heeft om te bemiddelen tussen belanghebbenden in de besluitvormingsfase. Een eerste vraag die rijst is of in de wet en jurisprudentie aanknopingspunten te vinden zijn voor een plicht tot een bemiddelende rol van het bestuur. Om deze vraag te beantwoorden zal in de eerste plaats onderzocht worden of in de uitwerking van art. 3:2 Awb (het formele zorgvuldigheidsbeginsel) aanwijzingen te vinden zijn (par. 2). Daarna wordt nagegaan in hoeverre art. 3:4 Awb (de belangenafweging) een aanknopingspunt voor bemiddelend optreden biedt (par. 3). Een tweede vraag is: onder welke omstandigheden moet een rechtsplicht tot bemiddelen aanwezig worden geacht? In het onderstaande zal een voorstel behandeld worden dat is verschenen in de Duitse literatuur. Vervolgens komt mijn eigen opvatting ten aanzien van een bemiddelingsplicht aan de orde (par. 4). Dit artikel wordt afgesloten met enkele slotopmerkingen (par. 5).

2 Zorgvuldig onderzoek; ook zoeken naar consensus?

Op grond van het formele zorgvuldigheidsbeginsel is het bestuursorgaan verplicht om bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. In deze paragraaf wordt nagegaan of er aanwijzingen zijn dat het bestuur op grond van het formele zorgvuldigheidsbeginsel onder omstandigheden bemiddelend moet optreden. Hierbij wordt aandacht besteed aan de reikwijdte van de onderzoeksplicht en aan het horen als methode van onderzoek.

De reikwijdte van de onderzoeksplicht is afhankelijk van de aard van de uit te oefenen bevoegdheid, de vraag welke feiten en belangen relevant zijn voor de beslissing en de vraag welke gegevens de burger zelf zal moeten aanleveren.¹⁰ Het onderzoek naar de bij een

besluit betrokken belangen is beperkt tot belangen die daadwerkelijk een rol mogen spelen in de belangenafweging. In de memorie van toelichting wordt aangestipt dat de onderzoeksplicht een bijzonder accent krijgt bij besluiten waarbij tegengestelde belangen betrokken zijn en waarbij sprake is van een zekere vrijheid van beslissen van het bestuur.¹¹ Uit jurisprudentie volgt dat op het bestuur in beginsel de plicht rust om te onderzoeken of, en zo ja, op welke wijze de lasten van betrokken belanghebbenden kunnen worden beperkt.¹² Deze plicht kan tot gevolg hebben dat een door belanghebbende voorgestelde oplossing voor een conflict moet worden onderzocht.¹³ Dit kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 9 december 2004.¹⁴ In eerste instantie had het bestuur aan de direct-belanghebbende een bouwvergunning en een vrijstelling in de zin van art. 19 lid 3 WRO verleend voor het plaatsen van een keerwand teneinde het niveauverschil tussen de achterdeur van de woning en de achtertuin te overbruggen. De buurman vreesde dat zijn uitzicht werd aangetast en diende bezwaar in. De bezwaren waren niet zozeer gericht tegen de keerwand, maar hij was bang dat de aanvrager van de vergunning een erfafscheiding op de keerwand zou plaatsen. In bezwaar herroept het bestuur het primaire besluit. De aanvrager van de vergunning heeft echter verklaard dat hij niet van plan is om een erfafscheiding te plaatsen en is ook bereid om dat civielrechtelijk vast te leggen. De rechter is van oordeel dat aan zowel het zorgvuldigheidsbeginsel, als het rechtszekerheidsbeginsel en motiveringsvereisten een aanmerkelijke betekenis moet worden toegekend indien het bestuur welbewust en gemotiveerd invulling aan de toekomstige beleidsvrijheid geeft en daar na heroverweging op terugkomt. Nu het bestuur de door belanghebbende voorgestelde oplossing niet heeft betrokken bij de voorbereiding van de beslissing op bezwaar, wordt het besluit vernietigd wegens strijd met art. 3:2 en art. 7:12 lid 1 Awb. De rechter lijkt in deze zaak het bestuur te verwijten dat het heeft nagelaten te onderzoeken of met de voorgestelde oplossing het conflict tussen belanghebbenden beëindigd zou kunnen worden.

In dit verband verdient ook de uitspraak van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State 28 juni 1993 waarin de rechter expliciet een plicht tot bemiddelen aannam bijzondere aandacht.¹⁵ Tussen omwonenden was een conflict ontstaan over een kat, genaamd Napoleon, die in de buurt voor overlast zorgde. De overlast die hij veroorzaakte, bestond uit het binnendringen van tuinen, het wegnemen van eten,

10. *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 64, PG Awb I, p. 204. Zie ook L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: BJu 2005, p. 369-370; P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1*, Deventer: Kluwer 2001, p. 154; G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999, p. 212.

11. *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 64, Parl. Gsch. Awb I, p. 204.

12. Zie o.a. ABRvS 25 januari 2001, AB 2001, 147 (m.nt. dG) en ABRvS 5 november 1998, JB 1999/7 (m.nt. R.J.G.H.S.).

13. Vgl. ABRvS 14 januari 1999, JB 1999/30 (m.nt. R.J.N.S.). Zie ook ABRvS 13 februari 2001, JB 2001/87 (m.nt. R.J.N.S.). De onderzoeksplicht brengt niet met zich dat alle door belanghebbende voorgestelde oplossingen onderzocht moeten worden. Derden voeren bijvoorbeeld in het kader van de verlening van bouwvergunningen regelmatig aan dat er een alternatieve locatie voor het bouwwerk bestaat waar de belangen aantasting geringer is. In beginsel is het bestuur niet gehouden tot het onderzoeken van alternatieven met betrekking tot de beoordeling van een aanvraag voor een

bouwvergunning en/of de verlening van een vrijstelling. Zie bijvoorbeeld: Rb. Breda 29 juni 2005, LJN: AT9327; ABRvS 22 juni 2005, LJN: AT7955; ABRvS 22 juni 2005, LJN: AT8001; ABRvS 7 juli 2004, LJN: AP8375; ABRvS 5 november 2004, LJN: AR5458.

14. Rb. Haarlem 9 december 2004, LJN: AR8648.

15. Vz. ARRvS 28 juni 1993, AB 1994, 422 (*Kater Napoleon*).

het achterlaten van reuksporen en het tentoonspreiden van een imponerende houding tegenover mensen. Na klachten uit de buurt hadden B&W op grond van de APV aan de eigenaar van het dier de verplichting opgelegd om de kater op het afgesloten erf van de woning te houden. De eigenaar van de kater was het met dit besluit niet eens, en na bezwaar oordeelde de rechter in beroep als volgt:

‘Onder deze omstandigheden had (...) van verweerders in dit geval mogen worden verwacht dat zij, alvorens te besluiten tot de in geding zijnde aanschrijving, zouden hebben onderzocht of aan de klachten van omwonenden niet in belangrijke mate doelmatig tegemoet zou kunnen worden gekomen door bemiddeling bij het treffen van een – minder verstrekkende – regeling tussen appellanten en betrokken omwonenden, waarbij enerzijds verzoekers ervoor zorgdragen dat kater Napoleon slechts op gezette tijden gedurende een bepaalde periode buiten de woning van verzoekers verblijft en anderzijds betrokken omwonenden zodanige maatregelen nemen dat wordt voorkomen dat kater Napoleon hun woning gedurende die periode kan binnendringen.’

In deze overweging wijst de voorzieningenrechter het bestuur uitdrukkelijk op zijn rol als bemiddelaar. Naar het oordeel van de rechter had het bestuur, voordat het een besluit nam, eerst moeten onderzoeken of in dit burencolict een minnelijke regeling tussen belanghebbenden getroffen had kunnen worden. De hoorplicht vormt een belangrijke uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel. Belanghebbenden dienen in beginsel gehoord te worden ter voorbereiding van het primaire besluit en de beslissing op bezwaar.¹⁶ Een van de functies die in de memorie van toelichting expliciet aan het horen in de bezwaarfase wordt toegekend, is dat het horen voor het bestuur een gelegenheid biedt om ‘naar een oplossing van de gerezen problemen te zoeken’.¹⁷ In de toelichting wordt vervolgens uitgelegd dat een oplossing niet altijd hoeft te bestaan uit een tegemoetkoming aan de bezwaren. Ook kan betrokkene door het bestuur gewezen worden op een andere weg om het door hem beoogde resultaat te bereiken, of kan in gezamenlijk overleg een compromis tot stand worden gebracht welke zonder hoorzitting wellicht niet bereikt zou zijn. Het bestuur dient zich met andere woorden actief op te stellen en mag het horen niet beschouwen als een formaliteit waarbij slechts geluisterd wordt naar hetgeen naar voren wordt gebracht. Een enkele keer wordt het bestuur door de rechter ook gewezen op deze functie van het horen. In een conflict tussen een vergunninghouder en een aantal derden over een gewijzigde uitritsituatie op een bedrijventerrein, had het bestuur nagelaten om de vergunninghouder bij

de hoorzitting te betrekken. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak had een reactie van de vergunninghouder op de door de derden aangevoerde argumenten ‘wellicht een oplossing voor de zich terzake voorkomende problemen bevorderd’.¹⁸ Van Hall concludeert in zijn noot onder deze uitspraak dat het bestuur op grond van proceseconomische redenen er alles aan moet doen om administratiefrechtelijke procedures te voorkomen. Dit kan volgens hem met zich brengen dat een overleg tussen de direct-belanghebbende en derde-belanghebbende georganiseerd moet worden om onderzoek te doen naar een oplossing die aan betrokkene zoveel mogelijk recht doet.

Uit de op het bestuur rustende onderzoeksplicht bij conflicten tussen belanghebbenden met tegengestelde belangen kunnen naar mijn oordeel een aantal indicaties voor een bemiddelende rol van het bestuur worden afgeleid. Ten eerste heeft het bestuur een taak om te onderzoeken op welke wijze de lasten voor betrokkenen beperkt kunnen worden. In sommige gevallen zal overleg met belanghebbenden vereist zijn om te zoeken naar een wijze van bevoegdheidsuitoefening die voor alle betrokkenen de minste lasten met zich brengt. In de tweede plaats kan het bestuur niet zomaar voorbijgaan aan een door een belanghebbende voorgestelde oplossing voor het conflict. Bij het onderzoek naar de haalbaarheid van een voorgestelde oplossing, zal het bestuur redelijkerwijs ook overige partijen moeten betrekken. Ten derde biedt de functie die de wetgever aan het horen heeft toegekend een duidelijk aanknopingspunt voor een bemiddelende rol. Naar mijn mening zal niet alleen in de bezwaarfase, maar ook in de primaire fase betekenis moeten worden toegekend aan deze functie. De wetgever gaat er waarschijnlijk vanuit dat er nog geen sprake kan zijn van een conflict tussen belanghebbenden als het primaire besluit nog niet is genomen. Formeel juridisch is dat zo. Juist bij de voorbereiding van het primaire besluit kunnen problemen tussen belanghebbenden aan het licht komen. Waarom dan wachten tot de bezwaarfase met het zoeken naar een oplossing? Bovendien vervalt de bezwaarfase indien de uniforme openbare voorbereidingsprocedure is toegepast. Deze uniforme openbare voorbereidingsprocedure is echter vergelijkbaar met de bezwaarprocedure.¹⁹ Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het bestuur, om aan de eis van zorgvuldige voorbereiding te voldoen, onder omstandigheden een bemiddelende rol dient aan te nemen.

3 De afweging van tegengestelde belangen

In deze paragraaf wordt gezien in hoeverre uit art. 3:4 Awb aanwijzingen zijn af te leiden die wijzen op een

16. Art. 4:7 en 4:8 Awb regelen de hoorplicht in de voorbereidingsfase. Als de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is, bepaalt art. 3:15 Awb dat belanghebbenden hun zienswijzen over het ontwerpbesluit naar voren

kunnen brengen. Art. 7:2 Awb regelt de hoorplicht in de bezwaarfase.

17. *Kamerstukken II* 1988/99, 21 221, nr. 3, Parl. Gesch. Awb I, p. 329. Zie ook *Kamerstukken II* 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 21 en Bangma & Vogelaar 2004 a.w.

18. ABRvS 11 april 1996, AB 1996, 286 (m.nt. AvH).

19. Een verschil is dat niet het primaire besluit, maar het ontwerpbesluit ter discussie staat. Vgl. VAR-commissie rechtsbescherming 2004, p. 152.

bemiddelende rol van het bestuur. In art. 3:4 lid 1 Awb is bepaald dat het bestuur de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen dient af te wegen.²⁰ Art. 3:4 lid 2 Awb bepaalt dat de voor één of meerdere belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Uit deze bepaling worden door Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male een drietal eisen afgeleid, die achtereenvolgens aan de orde komen.²¹ In de eerste plaats mogen de uit een besluit voortvloeiende lasten voor betrokkenen niet zwaarder zijn dan strikt noodzakelijk is. Dit vereiste wordt het beginsel van de minste pijn genoemd. Het beginsel van de minste pijn brengt met zich dat, indien de met de beschikking beoogde doelstelling evenzeer kan worden bereikt met minder ingrijpende eisen, het bestuur op een wijze dient te beschikken die voor de betrokken burgers het minst bezwarend is. Bij de afweging van de desbetreffende belangen zal het bestuur moeten zoeken naar een uitkomst waarbij de aantasting van belangen voor alle partijen zo gering mogelijk is. Aantasting van belangen kan bijvoorbeeld beperkt of voorkomen worden door een vergunningvoorschrift of andere maatregel waardoor derden minder last hebben van datgene wat vergund wordt. Zo heeft het bestuur, in verband met de verlening van een ontheffing voor het bouwen van een overkluizing en een stuw voor het hebben van een brug, met de aanvrager afgesproken dat er beweegbare hekken geplaatst worden op een zodanige wijze dat de overgang door een derde op de minst bezwaarlijke wijze plaats kan vinden.²² Aantasting van belangen van derden kan in sommige gevallen voorkomen worden door het (ontwerp)besluit te wijzigen. Een voorbeeld is het besluit van B&W van Nederweert waarin, naar aanleiding van illegale kapactiviteiten, aan de overtreder een herplantplicht is opgelegd. Omdat de buurman visuele hinder ondervindt van de door overtreder gehouden pony's, heeft het bestuur gekozen voor een alternatieve locatie voor de herplanting, waardoor hinder wordt beperkt.²³ Ook onder dwangsom opgelegde lasten mogen niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. Een aan de overtreder opgelegde maatregel om onmiddellijk kiezelgoer te verwijderen met als doel het voorkomen van stankhinder, is naar het oordeel van de rechter onredelijk. Hierbij is van belang dat aan klachten van omwonenden over stank ook tegemoet kan worden gekomen door een minder bezwarende maatregel, namelijk het afdekken van de partijen kiezelgoer.²⁴ De tweede eis vloeit voort uit het evenredigheidsbe-

ginsel. Van schending van het evenredigheidsbeginsel is sprake indien de uit het besluit voortvloeiende lasten voor derden onevenredig zwaar zijn in verhouding tot het met het besluit beoogde doel. Dit was het geval in de uitspraak van de Afdeling van 4 augustus 2004.²⁵ Het bestuur had aan de aanvrager een bouwvergunning en een vrijstelling verleend voor de uitbreiding van een woning. Aangezien de uitvoering van de plannen leidde tot een forse inbreuk op de belangen van de buurman (vermindering van uitzicht en lichtinval) en er sprake was van onredelijke hinder in de zin van art. 5:50 lid 4 BW, was de Afdeling bestuursrechtspraak van oordeel dat het college niet in redelijkheid had kunnen besluiten tot het verlenen van de vrijstelling. In de derde plaats brengt het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten met zich dat onevenredig nadelige gevolgen van een besluit niet ten nadele van een individu of een beperkte groep burgers of instellingen behoort te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap moet worden verdeeld.²⁶ Factoren die in het algemeen een rol spelen bij het vaststellen van de plicht tot compensatie van geleden nadeel zijn de mate van onevenredigheid, het normaal maatschappelijk risico van getroffene en de eigen verantwoordelijkheid van betrokkene om schade te beperken. De beslissing over het toekennen van nadeelcompensatie kan onderdeel uitmaken van het schadeveroorzakende besluit zelf (onzelfstandig schadebesluit) of afzonderlijk van het schadeveroorzakende besluit genomen worden (zelfstandig schadebesluit). Bij een conflict, ontstaan door de uitoefening van een bestuursbevoegdheid, kan vergoeding van geleden nadeel voor derden mogelijk een oplossing bieden. In bepaalde situaties kan publiekrechtelijke medewerking afhankelijk gesteld worden van de bereidheid van de direct-belanghebbende om de kosten van nadeelcompensatie voor zijn rekening te nemen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij planschade, ontstaan na een bestemmingsplanwijziging. Het resultaat van de onderhandelingen kan worden vastgelegd in een planschadevergoedingsovereenkomst.²⁷ Soms stelt het bestuur een schaderegeling tussen belanghebbenden vast in een vergunningvoorschrift. Zo stond in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 januari 1998 een vergunningsvoorwaarde centraal, waarin het bestuur aan de direct-belanghebbende de verplichting had opgelegd om door derden geleden nadeel te vergoeden.²⁸ In de uitwerking van art. 3:4 Awb in de jurisprudentie is naar mijn oordeel een aanknopingspunt te vinden voor bemiddelend bestuursoptreden. Teneinde boven-

20. Deze procedurele eis wordt in de literatuur ook wel de plicht tot daadwerkelijke belangenafweging genoemd. Zie Damen e.a. 2005 a.w., p. 400; De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001 a.w., p. 119.
21. H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005, p. 328-333.
22. Vgl. ABRvS 11 maart 1998, *AB* 1998, 270 (m.nt. AvH). De maatregel kon in deze situatie niet beschouwd worden als een uitwerking van de ontheffingvoorschriften nu er geen waterstaatkundig belang mee gediend was.

23. Rb. Roermond 27 september 1996, *JB* 1996/225 (m.nt. R.J.N.S.).
24. ABRvS 17 maart 2004, *JB* 2004/180 (m.nt. C.L.G.F.H.A.). Kiezelgoer is een krijt- of kleiachtige massa die hoofdzakelijk uit de kiezelhoudende panters van kiezelalgen bestaat.
25. ABRvS 4 augustus 2004, *JB* 2004/321.
26. Ook wel genoemd het rechtsbeginsel van de égalité devant les charges publiques of égalité-beginsel.
27. Uit het arrest van de Hoge Raad van 2 mei 2003 volgt dat afwenteling van planschade zonder wettelijke grondslag ontoelaatbaar is

(*AB* 2003, 354 (m.nt. E.W.J. de Groot en GavdV)). Naar aanleiding van dit arrest is een wetsvoorstel verschenen dat voorziet in een wettelijke grondslag in art. 49a WRO. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 490, nr. 2. Dit wetsvoorstel is op 22 juni 2005 in werking getreden. *Stb.* 2005, 305.
28. ABRvS 8 januari 1998, *JB* 1998/34 (m.nt. R.J.N.S.). Zie ook: Vz. ABRvS 29 oktober 1992, *AB* 1993, 183 (*NS/GS Friesland*, m.nt. RMvM); ABRvS 7 oktober 1993, *AB* 1994, 281 (*Telefooncel Bornheim*); ABRvS 10 mei 1995, *RAwb* 1994, 72 (*Telefooncel Buttervliet*).

staande eisen te verwezenlijken, heeft het bestuur een taak om actief na te gaan op welke wijze zoveel mogelijk tegemoet kan worden gekomen aan de belangen van alle betrokkenen. Bemiddeling geeft het bestuur de gelegenheid om bovenstaande materiële eisen daadwerkelijk te realiseren. Tijdens overleg kan met belanghebbende(n) gezocht worden naar een wijze van bevoegdheidsuitoefening waarbij de lasten van betrokkenen zo optimaal mogelijk worden beperkt. Als niet duidelijk is wie aansprakelijk is voor door derden geleden schade, kan door onderhandelingen tussen betrokken partijen wellicht een oplossing bereikt worden. Wanneer dat niet mogelijk blijkt, dan heeft het bestuur in elk geval alle belangen zorgvuldig onderzocht, waarna het over kan gaan tot een zorgvuldige afweging van belangen.

4 Een plicht om te bemiddelen?

Uit het voorgaande kan naar mijn oordeel geconcludeerd worden dat in de uitwerking van art. 3:2 en 3:4 Awb aanknopingspunten te vinden zijn voor de stelling dat het bestuur onder omstandigheden een bemiddelende rol moet aannemen tussen belanghebbenden. Gelet op het feit dat de rechter slechts een enkele keer expliciet op deze rol heeft gewezen, kan op dit moment niet gesproken worden van een op het bestuur rustende rechtsplicht om te bemiddelen.

Gelet op het feit dat de rechter slechts een enkele keer expliciet op deze rol heeft gewezen, kan op dit moment niet gesproken worden van een op het bestuur rustende rechtsplicht om te bemiddelen

Wel is het mijns inziens zinvol om na te denken over de vraag onder welke omstandigheden een rechtsplicht tot bemiddelen zou moeten worden aangenomen. De door de regering gewenste integratie van bemiddeling in de besluitvormingsfase kan bevorderd worden als duidelijk is onder welke omstandigheden het bestuur dient aan te sturen op consensus. Voordat mijn eigen opvatting aan de orde komt, wordt hierna eerst besproken hoe deze vraag in het Duitse recht wordt beantwoord.

4.1 Bemiddelend bestuur in Duitsland

Uit Duitse wetgeving en literatuur kan worden afgeleid dat het bestuur in het besluitvormingsproces een taak heeft om te bemiddelen. In een aantal bepalingen heeft de wetgever uitdrukkelijk gewezen op de mogelijkheid om te bemiddelen.²⁹ Achterliggend idee is dat door het voorkomen van juridische vervolgpcedures het besluitvormingstraject versneld kan worden. In de Duitse literatuur wordt bemiddeling door het bestuur beschouwd als een nieuwe vorm van coöperatief bestuur.³⁰ Uitgangspunt van het coöperatieve bestuur is dat de burger in de moderne staat beschouwd moet worden als *Verfahrenspartner* van het bestuur. In de moderne rechtsverhouding tussen bestuur en burger staat samenwerking centraal, in tegenstelling tot de klassieke verhouding die gekenmerkt werd door hiërarchisch en eenzijdig bestuursoptreden. De redenering is dat het besluitvormingsproces daarom, voorzover mogelijk, gericht dient te zijn op het bereiken van consensus. Er is overigens wel discussie over de wijze waarop bemiddeling in de bestuurlijke procedure dient te worden ingepast. In de literatuur wordt voorgesteld om elementen van mediation te integreren in het bestaande besluitvormingsproces.³¹ Dit kan door procedurele besluitvormingsnormen te interpreteren en toe te passen vanuit het idee van mediation. Volgens deze redenering veronderstelt de onderzoeksplicht van par. 24 Verwaltungsverfahrensgesetz (hierna: VwVfG) en de hoorplicht van par. 28 VwVfG het gebruik van mediationvaardigheden door het bestuur. Het voorstel van Vetter gaat nog een stap verder.³² Hij pleit voor verplichte bemiddeling in het *Widerspruchsverfahren* onder leiding van een mediator. Het *Widerspruchsverfahren* is te vergelijken met de Nederlandse bezwaarfase.³³ Vetter beoogt een model te ontwerpen waarin het idee van een voorprocedure gecombineerd wordt met het concept van mediation.³⁴ Origineel in het voorstel is dat het mediationproces geheel geïntegreerd wordt in de bezwaarfase. Dit uitgangspunt verschilt van de huidige praktijk waarin mediation slechts ingezet wordt ter ondersteuning of begeleiding van de wettelijk vastgelegde procedure. Een ander verrassend idee in het conceptvoorstel is dat het doorlopen van de mediatieve voorfase een toegangsvereiste vormt voor de gerechtelijke procedure.³⁵ Voordat partijen een conflict aan de rechter kunnen voorleggen, zijn zij verplicht om de mogelijkheden van een minnelijke oplossing te onderzoeken. Een verplichte mediatieve voorfase leidt

29. In par. 4b Baugesetzbuch is bijvoorbeeld bepaald dat het bestuur de voorbereiding en uitvoering van de besluitvormingsprocedure ten aanzien van gemeentelijke bestemmingsplannen over kan dragen aan een mediator. Zie hierover B. Köster, 'Mediation in der Bauleitplanung', *DVBf* 2002, p. 229-235. Andere bepalingen die genoemd kunnen worden zijn par. 71 c, tweede alinea, en par. 71 e VwVfG.

30. Zie o.a. I. Härtel, 'Mediation im Verwaltungsrecht', *JZ* 2005, p. 753-763; S. Vetter, *Mediation und Vorverfahren*, Berlin: Verlag Duncker & Humblot 2004, p. 167-172; J.

Schneider, 'Kooperative Verwaltungsverfahren', *VerwArc* 1996, p. 39. Het begrip coöperatief bestuur komt overeen met het begrip onderhandelend bestuur. Zie o.a. S. Pront-van Bommel, H.D. Stout & I.C. van der Vlies, *Juridische kwaliteiten van onderhandelend bestuur*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998.

31. Härtel 2005 a.w. p. 759; R. Pichas, 'Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor', *NVwZ* 2004, p. 400.

32. Vetter 2004 a.w., p. 131.

33. B.W.N de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis,

Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak, Den Haag: BJu 2001, p. 102-103. Het *Widerspruchsverfahren* is een mengvorm van een bezwaarprocedure en een administratieve beroepsprocedure.

34. Vetter benadrukt dat het resultaat van zijn onderzoek is bedoeld om een bijdrage te leveren aan de discussie. Het voorstel bevat daarom geen gedetailleerde uitwerking van de procedure, maar enkel een aantal basisgedachten. Vetter 2004 a.w., p. 131, 183-184.

35. Vetter 2004 a.w., p. 190-196.

volgens Vetter niet tot Europeesrechtelijke of grondwettelijke bedenkingen. Ook ziet hij geen bezwaren met het aspect van vrijwilligheid van partijen, dat één van de kernpunten van mediation vormt. De verplichting om deel te nemen aan een mediation moet namelijk onderscheiden worden van het uiteindelijke resultaat van het proces. Kortom, een verplichting tot deelname betekent niet een verplichting tot het bereiken van consensus. Een ander mogelijk bezwaar tegen een verplichting tot mediation is dat niet elk conflict zich leent voor bemiddeling. Zijn partijen bijvoorbeeld niet bereid om te onderhandelen, of is het juridische oordeel op voorhand duidelijk, dan zijn dat aanwijzingen dat een mediation niet succesvol zal zijn. Ook in deze gevallen acht Vetter een bemiddelingspoging zinvol. Naar zijn mening moet een mediator dergelijke conflicten juist zien als een uitdaging.³⁶ Naast de twee bovenstaande uitgangspunten bevat het voorstel nog een aantal andere procedurele aspecten.³⁷ De initiëring van de voorprocedure vindt plaats door de betrokken burger. De direct-belanghebbende of derden kunnen naar aanleiding van het primaire besluit schriftelijk, binnen de termijn van een maand, een aanvraag indienen. Het bestuur moet in het primaire besluit een lijst met een aantal mediators opnemen, waaruit belanghebbende(n) drie mag kiezen. Vervolgens dient het bestuur uit de drie aangeboden mediators één aan te wijzen. Een succesvolle bemiddelingspoging eindigt in beginsel met een bestuursrechtelijke overeenkomst.³⁸ Op partijen rust een verplichting om persoonlijk bij de onderhandelingen te verschijnen. Verschijnt de aanvrager niet, en heeft hij daarvoor geen excuus, dan heeft dat tot gevolg dat zijn aanvraag als ingetrokken wordt aangemerkt. Komt de vertegenwoordiger van het bestuur niet opdagen, dan is de mediatieve voorfase zonder succes afgerond en verkrijgt de aanvrager toegang tot de gerechtelijke procedure. De proceskosten zullen in dat geval in beginsel voor rekening van het bestuur komen. In de Duitse literatuur heeft het voorstel van Vetter tot kritiek geleid. Betwijfeld wordt of verplichte bemiddeling wel zinvol is.³⁹ De twijfel komt voort uit het gegeven dat in de bestuursrechtelijke praktijk slechts tien procent van de conflicten geschikt wordt geacht voor mediation. Als mediation voor alle gevallen verplicht wordt, dan ontstaat het risico dat de mediatieve voorprocedure door partijen slechts beschouwd wordt als noodzakelijk tussenstation voor de gerechtelijke procedure.⁴⁰ Bovendien kan mediation bij ongeschikte gevallen spanning opleveren met het in Duitsland wettelijk vastgelegde *Beschleunigungsgebot*.⁴¹ In het algemeen wordt het idee om in de bezwaarfase het accent te leggen op het zoeken naar een minnelijke oplossing,

wel positief gewaardeerd. Met bovenstaande kritiek ben ik van mening dat niet alle conflicten geschikt zijn voor mediation. Ook kan het zijn dat in de primaire fase al bemiddeld is. Nogmaals bemiddelen in de bezwaarfase lijkt dan overbodig. Een ander nadeel is dat niet in alle gevallen de hulp van een mediator nodig zal zijn om te onderhandelen. Met name in geschillen waarbij meerdere belanghebbenden met tegenstrijdige belangen betrokken zijn, kan het bestuur evenzeer het onderhandelingsproces begeleiden.

4.2 Bemiddelingsplicht in de besluitvormingsfase

Bemiddeling in de besluitvormingsfase kan gestimuleerd worden, indien duidelijk is onder welke omstandigheden het bestuur aan zou moeten sturen op consensus tussen belanghebbenden. Het voorstel van Vetter gaat mijns inziens te ver. Een idee dat mij meer aanspreekt is om de bestaande besluitvormingsnormen te interpreteren vanuit de bemiddelingsgedachte. Uit het bovenstaande is gebleken dat de huidige jurisprudentie over art. 3:2 en 3:4 Awb aanknopingspunten biedt voor deze redenering.

Een bemiddelingsplicht zou als volgt kunnen worden uitgewerkt. Uitgangspunt is dat het bestuur alleen moet bemiddelen in conflicten tussen belanghebbenden die geschikt zijn voor bemiddeling. Het bestuur dient, in het kader van een zorgvuldige voorbereiding van besluiten, te onderzoeken of een conflict geschikt is. Bij het onderzoek naar de geschiktheid, kan het bestuur gebruikmaken van de criteria die op dit moment door rechters gehanteerd worden om te bepalen of een conflict doorverwezen kan worden naar een mediation-procedure. Het is bijvoorbeeld belangrijk dat er enige onderhandelingsruimte is. Ruimte om een oplossing te zoeken is aanwezig bij discretionaire bestuursbevoegdheden. Het is echter niet uitgesloten dat bemiddeling bij een gebonden beschikking zoals een bouwvergunning kans van slagen heeft.⁴² Een aanvrager die aanspraak kan maken op een bouwvergunning kan bereid zijn om aan bezwaren van derden tegemoet te komen door een andere aanvraag in te dienen die ook kan worden vergund. Bezwaren van derden over verlies aan privacy kunnen bijvoorbeeld worden weggenomen door ramen hoger in een gevel te plaatsten. Ook kan gedacht worden aan afspraken over de kleur van het bouwwerk of het tijdstip waarop met bouwen wordt begonnen. De onderhandelingsbereidheid van partijen is daarom ook een belangrijke indicatie bij de beoordeling van de geschiktheid van een conflict. Bemiddeling heeft weinig

36. Vetter 2004 a.w., p. 201.

37. Vetter 2004 a.w., p. 222-231.

38. In het Duitse bestuursrecht is de bestuursrechtelijke overeenkomst in de wet opgenomen (par. 54 VwVfG).

39. Zie K.W. Lotz, 'Buchbesprechungen', *Die Verwaltung* 2005, p. 424; Pichas 2004 a.w., p. 401.

40. T. Siegel, 'Buchbesprechungen', *DÖV* 2005, p. 573. Overigens is in het civiele recht eerder

gebleken dat dit risico reëel is. Al bij de invoering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 1838 heeft de Nederlandse wetgever het daarvoor geldende systeem, waarin partijen voorafgaand aan het geding verplicht waren om een schikkingspoging te ondernemen, afgewezen omdat de verplichting slechts als formaliteit werd beschouwd. Zie K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Bju 2004, p. 211-212. In Engeland is

geëxperimenteerd met verplichte mediation in het familierecht. De resultaten hiervan waren niet positief. Gebleken is dat de medewerking van partijen niet werd bevorderd door de verplichting om deel te nemen aan mediation. Zie hierover Pel & Spliet 2003 a.w., p. 1901.

41. In par. 10 VwVfG is bepaald dat het bestuurlijke proces eenvoudig, doelmatig en voortvarend uitgevoerd dient te worden.

42. Brenninkmeijer e.a. 2003 a.w., p. 237.

kans van slagen indien belanghebbenden niet de intentie hebben om een minnelijke oplossing te zoeken voor het conflict.⁴³ Belanghebbenden die een doorlopende relatie met elkaar hebben (zoals burens) zullen eerder bereid zijn om te zoeken naar een voor beide partijen bevredigende oplossing. Naast de onderhandelingsruimte, de onderhandelingsbereidheid en de relatie tussen partijen bestaan nog andere criteria aan de hand waarvan de geschiktheid van een conflict voor bemiddeling wordt bepaald.⁴⁴ Als uit het onderzoek blijkt dat een geschil geschikt is, dan is het bestuur vervolgens ook verplicht om een bemiddelingspoging te doen. Het is minder relevant onder leiding van wie (bestuur, bezwaarschriftencommissie of mediator) en in welke fase (primaire fase of bezwaarfase) de bemiddeling plaatsvindt. Als beroep wordt ingesteld, kan de bestuursrechter aan de hand van het zorgvuldigheidsbeginsel toetsen of het bestuur voldoende geprobeerd heeft om tot een oplossing van het conflict te komen.⁴⁵

Dit voorstel biedt een aantal voordelen. Ten eerste dat niet onnodig tijd en geld wordt geïnvesteerd in conflicten waarbij de kans dat een oplossing door bemiddeling bereikt wordt gering is. In de tweede plaats kan per geval gekozen worden voor de meest optimale wijze van conflicthantering. Bij complexe zaken kan de hulp van een mediator worden ingeschakeld, bij minder ingewikkelde zaken kan het bestuur zelf, of een bezwaarschriftencommissie, de onderhandelingen begeleiden. In de derde plaats biedt het de mogelijkheid om per geval na te gaan, in welke fase bemiddeling optimaal is. Bemiddeling in de primaire fase kan bijvoorbeeld aantrekkelijk zijn voor een bedrijf dat bij de aanvraag van een vergunning al problemen voorziet met omwonenden of milieuorganisaties. Als op voorhand al duidelijk is dat een bepaalde voorgenomen activiteit van een aanvrager een conflict met omwonenden zal opleveren, dan kan het interessant zijn om in de primaire fase te bemiddelen. In veel gevallen zal een conflict echter pas door het indienen van zienswijzen of bezwaren aan het licht komen.

5 Slot

Bemiddelend optreden in het besluitvormingstraject biedt perspectief om een bijdrage te leveren aan de kwaliteit van de bestuurlijke procedure. Vanuit de regering wordt deze wijze van conflicthantering daarom ook gestimuleerd. Integratie van bemiddeling in de besluitvormingsfase kan bevorderd worden als duidelijk is onder welke omstandigheden het bestuur aan zou moeten sturen op consensus. Uit de bestaande procedurele en materiële normen kan worden afgeleid dat het bestuur in een conflict waarbij meerdere belanghebbenden met tegengestelde belangen betrokken zijn, soms een bemiddelende rol dient aan te nemen. Uit

jurisprudentie over de onderzoeksplicht en de functie die de wetgever aan het horen heeft toegekend volgt dat het bestuur af en toe aan dient te sturen op consensus tussen belanghebbenden om te kunnen voldoen aan de vereisten van het zorgvuldigheidsbeginsel. Bij het uitoefenen van een bestuursbevoegdheid dient het bestuur rekening te houden met het beginsel van de minste pijn, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten. Bemiddelend optreden kan een bijdrage leveren aan daadwerkelijke verwezenlijking van deze normen. Onder voorwaarden zou een rechtsplicht tot bemiddelen kunnen worden aangenomen door deze bestaande normen te interpreteren vanuit de bemiddelingsgedachte.

Alhoewel bemiddelend bestuursoptreden een bijdrage kan leveren aan de kwaliteit van het besluitvormingsproces, moet het niet beschouwd worden als toevallig middel dat in alle conflicten tussen de overheid en belanghebbenden ingezet moet worden. Naar mijn oordeel zou het bestuur wél in alle gevallen moeten onderzoeken of een minnelijke oplossing van het conflict mogelijk is. Als de specifieke kenmerken van een conflict erop wijzen dat bemiddeling mogelijk een geschikte wijze van conflictoplossing is, zou het bestuur ook dienen aan te sturen op consensus tussen belanghebbenden. Deze onderzoeksplicht zou mijns inziens gebaseerd kunnen worden op het zorgvuldigheidsbeginsel. De bestuursrechter kan integratie van bemiddeling in de besluitvormingsfase stimuleren door toetsing aan deze onderzoeksplicht. De vraag of het bestuur in de besluitvormingsfase voldoende moeite heeft gedaan om tot een gezamenlijke oplossing van het conflict te komen, zal naar mijn mening onderdeel uit moeten maken van de rechterlijke toetsing. Meer dan voorheen is gebeurd, zal de rechter onder omstandigheden het bestuur ook dienen te wijzen op zijn bemiddelende rol. Uiteraard roept dit voorstel vragen op. Wanneer kan bijvoorbeeld gesproken worden van een bemiddelingspoging? In hoeverre kan een belanghebbende bepalen hoe en in welke fase bemiddeld wordt? Welke beslissing dient de rechter te nemen indien hij van oordeel is dat het bestuur niet aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan? Moet het bestreden besluit worden vernietigd en worden terugverwezen naar het bestuur? Of zal de rechter zelf een schikkingspoging moeten ondernemen? Bij conflicten tussen belanghebbenden met tegengestelde belangen ligt een meer bemiddelende rol van het bestuur voor de hand. In hoeverre kan het voorgaande relevant zijn voor bestuursrechtelijke conflicten waarbij geen derden betrokken zijn? Vervolgonderzoek is nodig om deze vragen te beantwoorden. Een aandachtspunt bij verder onderzoek is dat onnodige jurisdisering moet worden voorkomen. Juist bij een methode van conflictoplossing als bemiddeling dient het informele karakter voorop te staan.

43. Anders dan in het voorstel van Vetter zijn de betrokken belanghebbenden dus niet verplicht om mee te werken.

44. Zie K.J. de Graaf, A.T. Marseille & M. Herweijer, *Mediation in bezwaar. Evaluatie*

mediationproject Provincie Overijssel, Groningen: vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen 2003, p. 33-34 of Brenninkmeijer e.a. 2003 a.w., p. 206-207.

45. Zie de aanbeveling van de VAR-commissie

rechtsbescherming 2004, p. 165 en 167. Zie ook D. Allewijn, 'De bestuursrechter als begeleider van schikkingsonderhandelingen', *JBplus* 2005, p. 186. Vgl. Vz. ARRvS 28 juni 1993, AB 1994, 422 (*Kater Napoleon*).